

Santiago, veintidós de enero del año dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol 5057-2006, El Fiscal Nacional Económico a fs. 1, interpuso requerimiento en contra de las empresas Air Liquide Chile S.A., Indura S.A., Aga S.A., y Praxair Chile Limitada, argumentando que éstas incurrieron en actuaciones concertadas, con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente a los hospitales públicos, en los términos del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 de 1979. Solicitó que se declare que las requeridas han incurrido en conducta anticompetitiva en el mercado del oxígeno, por la vía del reparto del mismo mercado; que en virtud de este acuerdo las requeridas han ejercido abusivamente el poder de mercado logrado, mediante la determinación anticompetitiva de precios excesivos y la discriminación por precios, en especial en perjuicio de los establecimientos hospitalarios del Sistema de Salud Público; que han actuado concertadamente frente a una licitación, en perjuicio de los hospitales públicos del país; y que se les prevenga en orden a cesar en estas conductas en el futuro, bajo apercibimiento de considerárseles reincidentes en ellas. Por lo anterior solicitó se condene a cada una de las empresas requeridas al pago de una multa equivalente a tres mil trescientos Unidades Tributarias Anuales, con excepción de la empresa Praxair, para quien pidió se condene al pago de una multa de dos mil unidades tributarias anuales, o las sumas que el tribunal determine, y al pago de las costas de la causa.

A fs. 97 la empresa Praxair Chile Limitada evacuó el traslado que le fuera concedido, solicitando el rechazo en todas sus partes del requerimiento. En subsidio, solicitó no desestime en lo que se refiere a ella, y se declare que su parte no ha incurrido en infracción al DL N° 211 de 1979 ni ha cometido atentado alguno contra la libre competencia. En subsidio de ello, solicitó se la exima del pago de una multa o se fije prudencialmente y proporcionalmente en el rango que corresponde a la ley aplicable, su participación de mercado, la calidad de sus conductas y su actuar en el marco de la licitación de CENABAST. Pidió, también, se acoja la excepción de prescripción respecto de las conductas que se le imputan, que se ejecutaron desde el año 2001, hasta el 3 de agosto de 2003. Finalmente, solicitó al tribunal que ordene a todos los partícipes de los mercados de oxígeno chileno, y especialmente a los del medicinal, adoptar las medidas que indicó en su presentación.

A fs. 202, Aga S.A. solicitó el rechazo de la acusación formulada en el requerimiento por el Sr. Fiscal Nacional Económico, señalando que no existió acuerdo alguno para impedir la competencia, ni colusión.

A fs. 221 Indura S.A., Industria y Comercio, solicitó el total rechazo del requerimiento que se formulara en su contra, toda vez, que no ha celebrado acuerdos colusivos expresos o tácitos con sus competidores, no ha abusado de una supuesta posición de dominio colectiva, no ha incurrido en discriminación alguna y participó en el proceso de licitación

de Cenabast en forma lícita. Además sostuvo que los hechos en que la Fiscalía funda sus imputaciones de reparto de mercado y determinación anticompetitiva del precio y discriminación arbitraria, se encuentran prescritos. A fs. 273 Air Liquide Chile S.A. contestó el requerimiento, solicitando su rechazo, luego de negar la colusión y sostener la inexistencia de reparto de mercados, además de la ausencia de discriminación de precios. En subsidio, opuso la excepción de prescripción, argumentando que las conductas o hechos en que se fundan las imputaciones que se le hacen sobre las infracciones a la libre competencia, con la sola excepción de la participación colusiva que se le imputa en la licitación de Cenabast, se encuentran prescritas.

A fs. 341 se recibió la causa a prueba, modificándose dicha resolución y adicionándose un punto a fs. 365, rindiéndose la que consta en autos.

A fs. 2089 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia, y acogió el requerimiento del Señor Fiscal Nacional Económico, sólo en cuanto declaró que las requeridas han incurrido en una práctica concertada, con el objeto de hacer fracasar la licitación a la que llamó la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud en el año 2004 para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal, y lo rechazó en lo demás. Condenó a las requeridas a pagar: Indura S.A., mil trescientas Unidades Tributarias Anuales; Aga S.A. mil cien Unidades Tributarias Anuales; Air Liquide Chile S.A. seiscientas Unidades Tributarias Anuales y

a Praxair Chile Limitada doscientas Unidades Tributarias Anuales.

Contra esta sentencia Aga S.A., a fs. 2232 e Indura S.A., Industria y Comercio, a fs. 2239, interpusieron sendos recurso de reclamación, solicitando que éstos se acojan, y se revoque la sentencia impugnada en la parte que las condenó, absolviéndolas. En subsidio solicitaron se rebaje el monto de las multas que se les impusieron. Praxair Chile Limitada, a fs. 2295, interpuso recurso de reclamación, solicitando que se revoque la sentencia impugnada en la parte que la condenó, absolviéndola. En subsidio solicitó se le exima del pago de la multa, o se rebaje el monto de ella. Air Liquide Chile S.A., a fs. 2254 dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, solicitando se la revoque en la parte que la condenó, y se la absuelva.

Por su parte, a fs. 2284 la Fiscalía Nacional Económica interpuso recurso de reclamación contra la sentencia definitiva dictada en autos, solicitando que se enmiende dicha resolución, acogiendo en todas sus partes el requerimiento formulado, con costas.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1º) Que la reclamante Aga S.A. reprocha de la sentencia que impugna atentado contra el debido proceso, toda vez que la dejó en la indefensión al condenarla por conductas no imputadas en el requerimiento, y por ello, no incluidas en

el auto de prueba. Sostiene que su parte y las demás empresas requeridas fueron acusadas de conductas de colusión para restringir la competencia y repartirse el mercado de oxígeno medicinal a hospitales públicos entre los años 2001 y 2004. Aga S.A. específicamente, fue acusada de atentar contra la libre competencia respecto de cuatro hospitales públicos: Los Angeles, Buin, Llay-Llay y La Serena. Además la fiscalía la acusó de una supuesta tentativa de colusión en la licitación de oxígeno medicinal público efectuada por Cenabast el 10 de septiembre de 2004, a fin de hacer fracasar el proceso y mantener la situación que existía hasta ese momento en ese mercado, quedando vigentes los contratos que las empresas tenían con cada hospital público. Si bien el fallo, con el mérito del proceso, rechazó la imputación que se le hiciera de haberse concertado para restringir la competencia del mercado de oxígeno medicinal público, condenó a su parte, porque en opinión de los sentenciadores, se habría coludido para hacer fracasar la licitación de Cenabast y así impedir que su éxito terminara con la "opacidad" de dos "mercados vecinos o conexos" al mercado medicinal público. La sentencia sostiene que el mayor incentivo que habrían tenido las empresas requeridas para hacer fracasar la licitación era poder seguir cobrando "precios sobrenormales" en el mercado de clínicas e industriales, que denomina mercado de "clientes no proceso". Por eso, al condenar basado en esos fundamentos- argumenta- el tribunal resolvió sobre asuntos no discutidos o planteados, actuando fuera de sus facultades, con lo que la privó de la

posibilidad de defenderse;

2°) Que, sostiene además Aga S.A., que el fallo se funda en conjeturas desde que no se dan por probados legalmente los hechos conocidos que servirían de base a las que denomina presunciones. Insiste en que la sentencia constituye una conjetura basada en supuestos no probados y de los que no se deduce en forma lógica y necesaria la pretendida colusión. Además invirtió la carga de la prueba desde que le exigió probar un hecho negativo, como es la ausencia de un acuerdo colusivo, en circunstancias que era a la Fiscalía Nacional Económica a quien le correspondía la prueba de su existencia, lo que no hizo. Así entonces, al no haberse demostrado tal acuerdo, su parte debió haber sido absuelta, de manera tal que al condenarla, el fallo vulneró la presunción de inocencia que le asiste. Posteriormente, alega que la supuesta tentativa de colusión, de ser efectiva, no es sancionable porque infringe el principio de lesividad, que exige para la sanción de una conducta el que ésta lesione un bien jurídico, o al menos exista la posibilidad real de ello. Finalmente, el recurso arguye que en el proceso no se probó la existencia del abuso que requiere la conducta tipificada en el artículo 3 del DL 211, por la que se le acusó. Afirma que no se acreditó la existencia del acuerdo entre las empresas requeridas, y menos el abuso de poder que exige la disposición antes señalada.

3°) Que Indura S.A. Industria y Comercio argumenta en el recurso de reclamación que interpusiera en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia, que el fallo condena a las requeridas por una supuesta colusión en la licitación, fundada en aparentes indicios probatorios, como que las empresas habrían tenido "incentivos" para que la licitación fracasara, que la "puja" en las etapas iniciales de la misma fue débil, que el mercado sería "opaco", que habrían antecedentes de conductas coordinadas en los mismos mercados en el extranjero, que los precios ofrecidos en las primeras rondas de la licitación fueron superiores a los cobrados a los hospitales antes de la licitación, que luego de la licitación, Indura habría ofrecido un precio inferior al de referencia a un hospital, y que, de acuerdo a Praxair, antes de la licitación se habría informado que el precio de referencia iba a estar por debajo al cobrado a esa fecha a algún hospital público, lo que no habría sido controvertido por las demás partes. Explica la recurrente que el proceso de licitación fue exitoso y en él su parte actuó en forma legítima y racional. Ello porque en la primera etapa, remate a la inversa, su parte pujó lo necesario para quedar primera en las dos zonas donde presentó ofertas económicas, a nivel centro extendida y sur. Al presentársele el precio de referencia para la primera de las zonas señaladas, decidió no igualarlo, por motivos comerciales y estratégicos, de modo que se le consultó entonces a Praxair, que tenía la segunda mejor oferta, la que sí aceptó igualar el precio de referencia. Su parte también lo aceptó respecto de la zona sur, pues de no hacerlo arriesgaba quedar fuera del mercado nacional del suministro de oxígeno líquido medicinal. Señala que en una

licitación como la de autos, que se desarrolló en varias etapas, no es posible pensar que los oferentes presenten sus mejores ofertas en la primera de ellas, sino que actuaron en forma estratégica, situación que es lícita y normal. La sentencia, al decidir como lo ha hecho, en base a supuestos indicios, que en verdad no lo son, ha infringido las normas del debido proceso, así como la presunción de inocencia y buena fe. Sostiene que el fallo alteró el onus probandi al no exigir a la Fiscalía pruebas de su acusación y desechar la que presentaran las acusadas, que daban cuenta del normal comportamiento que tuvieron en el proceso de licitación. Es decir, sostiene, que el tribunal concluyó que las requeridas no probaron su inocencia. Finaliza explicando que en el caso de autos no se ha acreditado ninguno de los requisitos que señala el artículo 3 del DL 211 para estar frente a una conducta colusiva. No se ha probado ni concertación de las requeridas, ni dolo ni culpa de su parte en el supuesto acto colusorio que se le imputa. Menos aún la existencia de abuso o daño alguno a la libre competencia, el que es inexistente, desde que la licitación fue un éxito;

4°) Que, por su parte, Air Liquide Chile S.A, al reclamar de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sostuvo que éste legisló a través de la sentencia impugnada, creando una figura contravencional que el DL 211 no sólo no contempla, sino que, excluye. Ello porque el artículo 3 del DL 211 exige no sólo la existencia de un acuerdo o práctica concertada que tenga un objeto anticompetitivo, sino

que además que se abuse del poder que dicho acuerdo o práctica confiere a los que se coluden. De lo anterior desprende que es indispensable para estar frente a la figura del artículo 3 del DL ya citado, que se produzca una afectación de la libre competencia en la que necesariamente se traduzca el abuso del poder que mediante el acuerdo o práctica se ha adquirido. En este caso el tribunal sancionó por un hecho distinto al contemplado en la disposición ya mencionada, y que ésta excluye. En efecto, continúa la recurrente, en este caso hubo una licitación exitosa, lo que incluso fue reconocido por la fiscalía en su requerimiento. Sin embargo, el tribunal estimó que de no haber existido el presunto acuerdo entre los oferentes, los precios obtenidos habrían sido aún más bajos, formulando así al proceso de licitación una exigencia desmedida, que no guarda relación ni con los precios vigentes antes de la licitación, ni con las expectativas de Cenabast, de acuerdo a sus precios de referencia. Incluso habiendo el acuerdo denunciado, que niega, señala la requerida que la ley no contempla la ilicitud de éste por su sola existencia, sino que deben acreditarse todas las exigencias del artículo 3 del DL 211 de 1979, lo que no ha ocurrido, de manera que al decidir los sentenciadores como lo hicieron convirtieron este tipo de infracciones en figuras análogas a las que la doctrina denomina delitos de peligro, lo que importa infracción al principio de legalidad. Argumenta también la recurrente que la sentencia vulneró el onus probandi y la presunción de inocencia al estimar, sobre la base de argumentós

especulativos, que a las requeridas "les convenía" un acuerdo colusorio respecto de la licitación, y de ello concluyó que éste existió, trasladando la carga de la prueba a las empresas requeridas, quienes debían acreditar que la colusión no existió, según aparece del considerando 88°. Explica además que en el proceso hay diversos antecedentes incompatibles con la teoría de la colusión, como el que la licitación estaba diseñada para impedirla, o el que los intereses de al menos dos de las requeridas eran incompatibles con la colusión. Su parte y Praxair eran empresas de escasa participación en el mercado, por lo que sólo podía resultarles beneficiosa la licitación. Además existió competencia agresiva entre las requeridas en el periodo inmediatamente anterior a la licitación, lo que desde luego deja sin sentido la idea de colusión. Finalmente alega la violación del principio de hecho y de lesividad, desde que, de haber existido colusión, ello importaría únicamente la existencia de actos preparatorios, o una tentativa no idónea o una contravención frustrada, todas ellas, conductas que no son punibles. La infracción de autos es de resultado, y en este caso la supuesta colusión no produjo con efecto anticompetitivo alguno, desde que, como ya se ha señalado, la licitación fue exitosa;

5°) Que, por su parte, Praxair en la reclamación alega que la sentencia dio por establecido el ilícito de colusión sobre la base de indicios equívocos y cuyas bases no fueron acreditadas en el proceso, por lo que, sostiene, carecen de mérito suficiente para sustentar la decisión. Tanto así, que

la sentencia tuvo por acreditado el ilícito de colusión o concertación, sin lograr establecer un supuesto básico para que se configure dicho ilícito, cual es, la existencia de un acuerdo colusorio entre las requeridas, sino que únicamente lo asume, al señalar que la conducta de las requeridas durante la licitación únicamente podía explicarse por un supuesto "acuerdo", y sobre la base que las requeridas podían "confiar" en que las demás ofrecerían menos precio. Sin embargo, sostiene, no existe ningún indicio que permita presumir la existencia ni menos la materialización de un acuerdo entre las empresas requeridas. Es decir, argumenta, en este caso, los indicios a que se refiere la sentencia no son idóneos para establecer, confirmar o desechar unívocamente un hecho, de manera tal que no cumplen con los requisitos que establece el artículo 22 del DL 211. Argumenta que los indicios mencionados en el fallo son erróneos e incorrectos, así como que éstos en nada excluyen la teoría de juegos implementada por su parte en la licitación, y que se oponen a plenas pruebas que aportara durante el proceso tanto su parte como las demás empresas, lo que además importa una infracción a las normas reguladoras de la prueba, y a las reglas de la sana crítica, toda vez que dicho sistema no habilita al sentenciador para descartar caprichosamente antecedentes probatorios aportados en el proceso, especialmente si constituyen plena prueba, como es el caso de autos. Insiste en que las cláusulas del contrato de licitación hacían imposible llegar a un acuerdo, pues los requeridos no tenían asegurado que la licitación fuera

declarada desierta, desde que las cláusulas permitían analizar el precio de la primera oferta o declarar la deserción. El diseño de la propuesta impedía la manipulación de precios.

Agrega la recurrente que el fallo vulneró las normas del debido proceso, así como principios fundamentales de la libre actividad económica. Ello debido a que su parte goza de la presunción de inocencia, correspondiéndole a la Fiscalía la carga de la prueba. Su parte se encuentra además amparada por el principio de libre desarrollo de la actividad económica, el que supone la libertad para llevar a cabo una actividad económica, sin sanción alguna, mientras no se acredite la violación de alguna disposición legal que regule su ejercicio. Al decidir como lo hizo, el tribunal alteró ilegítimamente la carga de la prueba, e infringió los estándares mínimos de apreciación de la rendida en autos, afectando así su derecho al debido proceso. Pese a que acreditó que actuó como un agente independiente y racional en la licitación, la que fue un éxito, se le sancionó en base a meras conjeturas, sin que además existiera lesión alguna al orden público económico.

En subsidio, afirma que en su caso, no fue sancionada por haberse coludido con las demás empresas, sino porque supuestamente se hizo pasar por tal, sin estarlo. Es decir, en la errónea hipótesis del fallo -afirma-, no hubo colusión a su respecto, ni alguna otra conducta apta para alterar la libre competencia. En subsidio de lo anterior, indica que a su respecto debe aplicarse una eximente o atenuante de responsabilidad criminal, que importe una exención o rebaja

sustancial de la multa impuesta, por haberse adjudicado la licitación de Cenabast, y de esta forma, haber evitado cualquier lesión al bien jurídico tutelado. Por último, y en subsidio de lo anterior, solicitó la rebaja de la multa impuesta, de acuerdo a las propias consideraciones de la sentencia;

6°) Que, finalmente, La Fiscalía Nacional Económica, en su reclamación sostuvo, refiriéndose a la excepción de prescripción que opusieron las partes, que las acciones contempladas en el DL 211 prescriben en dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia, la que se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formuladas ante el tribunal. En este caso el requerimiento fue interpuesto el 3 de agosto del año 2005, y los jueces consideraron prescritas las conductas que dieron origen a los contratos de aprovisionamiento de oxígeno celebrados antes del 3 de agosto de 2003. La sentencia razona sobre la base que el reparto de mercado implica la negativa a disputar la cuota o el cliente asignado a un competidor, lo que debiera ocurrir, en general, al terminar un determinado contrato, y en función del reparto del mercado, producirse su renovación. Señala el requirente que la ejecución de un acuerdo de reparto provoca efectos permanentes, y por ello el plazo de prescripción debe contarse desde la fecha de término del contrato, y no como lo hace el fallo impugnado, desde la de su celebración. Explica que la conducta se mantuvo y sólo finalizó con la licitación,

el año 2004, que implicó el quiebre del acuerdo de reparto del mercado y el consiguiente cambio en los precios;

7°) Que, en cuanto a la absolución parcial, sostiene que su parte acreditó todos y cada uno de los hechos que configuran sus imputaciones, en particular, la estructura del mercado, los precios, su evolución y dispersión, la discriminación en perjuicio de los hospitales públicos y el comportamiento de las requeridas frente a la licitación de Cenabast, por lo que era a éstas a quienes les correspondía probar los diversos factores que entregarían una explicación diversa de aquella a la que conduce la lógica y las máximas de la experiencia. Toda la prueba, los indicios y antecedentes aportados en autos conducen, aplicando las reglas de la sana crítica, a la existencia del acuerdo de reparto de mercado y al consiguiente carácter abusivo y discriminatorio de los precios observados, correspondiéndoles a las requeridas acreditar que esos precios responden a una particular estructura de costos. Agrega que los sentenciadores no pudieron sino comprobar la existencia del concierto de las empresas de autos respecto de la licitación de Cenabast y por ello las condena. Sin embargo, sostiene, pese a que la comprobación de dicho acuerdo no hace sino coronar la evidencia respecto del primero, más general, y particularmente respecto del carácter abusivo y discriminatorio de los precios observados, la sentencia luego absuelve por las imputaciones que efectuara por reparto de mercado en el suministro de oxígeno a los hospitales públicos previo a la licitación de Cenabast de 2004, y abuso de poder de mercado

mediante la determinación anticompetitiva del precio del oxígeno, y discriminación arbitraria de precios. Argumenta que al establecer la sentencia la concertación de las empresas requeridas para eliminar o restringir la competencia en la licitación de Cenabast, necesariamente debió entonces tener por acreditadas las demás imputaciones, ya señaladas. Alega que aunque el fallo sostuvo que las requeridas no probaron las circunstancias o motivaciones de su conducta, de todas formas las absolvió, pese a que era a ellas a quienes les correspondía probar tales circunstancias. Además de ello, desechó el requerimiento en lo relativo a la existencia de precios abusivos y discriminatorios, aunque se probó que los hospitales pagaban altos precios y aún así no cambiaron de proveedor;

8°) Que el artículo 20 del DL N° 211, en su inciso tercero prescribe: "Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal". En el caso de autos, la ejecución de la conducta referida al reparto del mercado entre las requeridas, y en virtud de ello el abuso del poder logrado en el mercado, que se traduce en la determinación anticompetitiva de precios excesivos y discriminatorios, tiene lugar al momento de la celebración de los contratos de aprovisionamiento de oxígeno con los respectivos centros asistenciales. En efecto, de existir el acuerdo que les

imputa, y como consecuencia de ello el abuso de poder al momento de determinar los precios, éste no se materializa sino una vez que se han celebrado los respectivos contrato entre las empresas requeridas y los hospitales públicos a que se hace mención en el requerimiento. El que la celebración del contrato produzca o pueda producir efectos de carácter permanente, al menos durante la vigencia de éste, desde luego no importa que el plazo de prescripción pueda comenzar a correr recién desde que el contrato termina. La ley es muy clara al respecto cuando dispone que éste comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria, la que, como se dijo, se materializa en el caso de autos en la celebración de los respectivos contratos entre las empresas contra las que se dirige el requerimiento, y los distintos centros hospitalarios que allí se mencionan, independientemente de si los efectos de dicha conducta permanecen o no en el tiempo.

Por lo anterior, las conductas referidas por el Fiscal Nacional Económico en el requerimiento de fs. 1, respecto de contratos celebrados con anterioridad al 3 de agosto de 2005, se encuentran prescritas;

9°) Que, respecto del reparto de mercado, la Fiscalía Nacional Económica sostiene que este acuerdo se habría concretado hasta el año 2004 por medio de una práctica concertada en virtud de la cual las requeridas no competían por disputarse los clientes del mercado. Los hospitales públicos permanecieron en promedio cinco años y medio con el mismo proveedor. Los que tienen contratos anuales lo hicieron ,

en promedio seis años con el mismo proveedor y los que tienen contratos indefinidos, un promedio de casi nueve años y medio. Además, acusa la fiscalía, se aprecia una gran dispersión de precios, sin que se observe una relación entre éstos y las cantidades consumidas, o entre el precio y las distancias desde los centros de abastecimiento hasta los hospitales. Considera que el hecho que los hospitales no dirijan sus compras a proveedores que cuentan con precios más bajos, es el más claro indicador de reparto de mercado bajo un pacto para no disputarse los clientes actuales, convenio que se cumpliría al negarse las requeridas, ante la solicitud de un hospital que pertenece a la nómina de clientes de un competidor;

10°) Que correspondía a la Fiscalía Nacional Económica demostrar las imputaciones que efectuara al formular el requerimiento. Sin embargo, la prueba que presentó con esta finalidad, resulta del todo insuficiente para acreditar la existencia de este acuerdo por parte de las requeridas, en orden a lograr la repartición del mercado, y con ello, abusando del poder que la posición en éste les otorga, tener una política discriminatoria de precios. El dictamen N° 510, de 8 de julio de 2005, emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, del Ministerio de Economía y Producción de Argentina, así como la resolución dictada por la Secretaría de Coordinación Técnica de dicho Ministerio, que rolan a fs. 1 y siguientes del cuaderno de documentos, desde luego no acredita las conductas que el fiscal nacional económico les imputa a las empresas de autos, toda vez, que dichas resoluciones se

refieren a hechos distintos de los que nos ocupan, que habrían acontecido incluso en otro país, como lo es Argentina, sin que, desde luego, sea posible realizar una interpretación analógica para determinar que en Chile ha existido un comportamiento similar, sin perjuicio que no consta en autos que la resolución señalada se encuentre ejecutoriada, desde que al momento de su remisión se informó que existían recursos de apelación pendientes al respecto, según consta a fs. 1121.- Por su parte, la documentación que acompañara dicha Fiscalía mediante la presentación de fs. 717, en nada acredita la existencia del acuerdo en torno al reparto del mercado que imputa a las requeridas. En efecto, los documentos allí señalados corresponden a diversos contratos suscritos por las empresas de autos con distintas instituciones, bases de la licitación materia de esta causa, estados financieros de las empresas reclamantes, los que por cierto, en ningún caso acreditan el reparto antes indicado. Si bien el informe económico emitido por don Pablo García González, Jefe de División de Análisis Económico de Mercados no Regulados, de la Fiscalía Nacional Económica, concluye que en el caso de los hospitales del Servicio Nacional de Salud existe una gran dispersión de precios, sin que se observe una relación clara entre los precios y las cantidades consumidas por cada hospital, agrega que un análisis econométrico, en el que se incluyó una gran cantidad de variables, no pudo explicar estas diferencias. El mismo informe, a fs. 716 bis, al referirse a las barreras de salida, argumenta que debido a ellas los

hospitales se ven imposibilitados de cambiar de proveedor, aún cuando le ofrezcan un mejor precio, citando entre ellas, a la que le otorga la calidad de ser la primera y más importante: la existencia de los estanques criogénicos. Ello porque en general son las empresas proveedoras las propietarias de esos artefactos, las que lo arriendan a un menor precio por su uso a los hospitales que abastecen. Lo mismo ocurre, continúa el informe, con la red de cañerías que distribuye el oxígeno internamente dentro de los hospitales, las que muchas veces son proporcionadas en forma gratuita por las proveedoras. Agrega como otra barrera de salida las deudas que acumulan los centros hospitalarios con la empresa proveedora, lo que les impide el cambio de proveedor pues no están en condiciones de liquidarla de una sola vez. Como puede advertirse, todos los factores señalados en el informe, desde luego no obedecen o demuestran una concertación de parte de las empresas requeridas para el reparto del mercado, como se les imputa, sino que evidencian únicamente las características de éste.

11°) Que atento lo razonado en los fundamentos anteriores, la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica no puede prosperar, por lo que será desestimada;

12°) Que, en cuanto a la realización de una práctica concertada de parte de las empresas requeridas, para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública del año 2004, ello tampoco se encuentra

acreditado en autos. En efecto, correspondía a quien formuló tal imputación, la Fiscalía Nacional Económica, probar la existencia de tal infracción, lo que no ocurrió, desde que la prueba que presentara sobre el punto, desde luego no es concluyente para este fin. Los documentos que acompañó a fs. 717, no demuestran, la existencia de una concertación por parte de las empresas abastecedoras de oxígeno medicinal que forman parte de esta causa, con la finalidad de hacer fracasar el proceso de licitación de Cenabast. La mayoría de ellos se refieren a contratos de estas empresas con diversos clientes y a los estados financieros de ellas. La copia del acta de remate, a la inversa, da cuenta de la forma como se procedió en aquella oportunidad, pero en ningún caso es posible colegir de ella el acuerdo en orden a lograr el fracaso del proceso de licitación, como se indica por la Fiscalía Nacional Económica. Cabe sostener que el informe económico emitido por el, ya mencionado Pablo García González, sobre el punto analiza una experiencia anterior, en la que la licitación, el año 1998, fracasó porque ningún proveedor presentó ofertas en ellas, agregando que los directivos de los hospitales advirtieron que en este proceso -la licitación de Cenabast el año 2004- podría ocurrir algo similar, ya que "en opinión" de éstos el fracaso antes referido se habría debido a un boicot por los abastecedores, motivo por el cual se adoptaron distintas precauciones para evitar una situación como la descrita. Luego de describir la forma como se desarrolló el proceso que nos ocupa, indica que las bases establecían que en caso de que

ninguna oferta igualara el precio de referencia, la Comisión de Adquisiciones podía, si lo estimaba conveniente para los intereses de la Central, declarar desierta la licitación, quedando subsistentes, por tanto, los contratos vigentes a la fecha entre los proveedores y cada hospital, lo que no ocurrió finalmente, adjudicándose tres de las requeridas, por el precio de referencia que la Central fijara, correspondiente al menor precio pagado por un hospital público de la zona respectiva, el abastecimiento de oxígeno medicinal para hospitales públicos en las zonas que allí se indican. Así, Praxair se adjudicó el abastecimiento de la zona Centro Extendido con un precio de trescientos un pesos (\$301) por metro cúbico, Air Liquide la zona norte con un precio de trescientos treinta y cuatro pesos (\$334) por metro cúbico, e Indura la zona sur con un precio de trescientos treinta y cuatro pesos (\$334) por metro cúbico. El informe luego, en sus conclusiones, sobre el punto formula sólo una conjetura, cuando señala que el proceso de licitación llevado a cabo por la Cenabast resultó muy trabado y con un muy bajo nivel de competencia entre las empresas, las cuales, "al parecer", preferían ver fracasar el proceso y dejar que la situación actual se mantuviera, antes que competir y ver caer dramáticamente los precios. Es decir, el informante no tiene certeza de la existencia de un acuerdo, sino que, según lo señala, le parece que éste existió, situación que resulta el todo insuficiente para tener por acreditada la infracción denunciada. Lo mismo ocurre con la documentación que la

fiscalía acompañara a fs. 1560, carente de todo valor probatorio por tratarse de un análisis que hace la requirente de las estrategias adoptadas por las empresas requeridas para enfrentar el proceso de licitación, en el que supone que la única alternativa para resultar todas indemnes era el fracaso del proceso. Luego hace una serie de conjeturas acerca del comportamiento de las recurridas y concluye que "la única explicación razonable" para que Indura rechazara los precios de referencia es que existiera un acuerdo con las otras empresas en orden a hacer fracasar el proceso. Desde luego, ello en ningún caso permite acreditar la verdad de la imputación que se formulara por la vía del requerimiento.

Ahora bien, la declaración jurada prestada por don Claudio Farah Meza, quien estuvo presente al momento de efectuarse la licitación de autos, carece de todo valor probatorio, toda vez que no fue ratificada en el juicio. Sin perjuicio de lo anterior, ella sólo corresponde a las opiniones que de dicho proceso se formó, pero en ningún caso se refiere a alguna situación que en forma inequívoca pudiese llegar al establecimiento de la concertación para lograr el fracaso de la licitación. Lo mismo ocurre con la prueba testimonial que se rindió por parte de la recurrente.

13°) Que cabe analizar a continuación, si los antecedentes que el tribunal de defensa de la libre competencia denomina "indicios relevantes", para establecer si en la licitación de autos concurrieron o no los incentivos que, según la requirente, habrían llevado a las participantes a coordinar su

comportamiento, realmente tienen ese carácter. En efecto, los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros. En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. La sentencia lo concluye del único hecho acreditado, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraban a los hospitales antes de dicho proceso, y por cierto mayor que el precio de referencia, que fue por el que finalmente se adjudicaron los contratos, agregando que, a juicio de los sentenciadores, no existe justificación económica para la falta de competencia en dicha etapa. Comienza entonces un análisis de las distintas hipótesis posibles, y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión, lo que por cierto es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia, máxime, si, como se reconoce en el fallo, el proceso de licitación resultó un éxito.

14°) Que, aún cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo, desde luego no comprueba que existió, entonces, una colusión de éstas para lograrlo. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas, desde que es perfectamente posible, como lo señalaron al formular sus descargos, que ello obedeciera a una estrategia y desplegar en tal proceso, máxime si, como se

acreditó en autos con los testimonios de Pedro Deutsh Spiegel, a fs. 974, y de Rüdinger Lein, a fs.1038, y con el acta notarial acompañada a fs. 753, suscrita por don Emilio Pomar Carrasco, notario suplente de la cuadragésima octava notaría de Santiago, el 28 de noviembre de 2005, a lo menos las empresa Praxair y Aga, contrataron profesionales expertos, elaboraron documentos y celebraron reuniones para establecer la estrategia que adoptarían para poder ganar la licitación de autos, lo que desde luego no es compatible con la supuesta colusión por la que se las requiere.

15°) Que atento lo razonado en las motivaciones anteriores, no habiéndose acreditado que las empresas requeridas hayan incurrido en la conducta descrita en el artículo 3 letra a) del DL 211 de 1973, es que resulta procedente acoger las reclamaciones interpuestas por las empresas requeridas.

Por estas consideraciones y visto, lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 20 y 27 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, se declara:

I.- Que **se rechaza** el recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fs.2284 en contra de la sentencia de siete de septiembre de dos mil seis, escrita a fs. 2089.

II.- Que **se acogen** los recursos de reclamación deducidos en lo principal de las presentaciones de fojas 2232,

2239, 2254 y 2295 por Aga S.A., Indura S.A., Industria y Comercio, Air Liquide Chile S.A. ,y Praxair Chile Limitada, respectivamente, en contra de la sentencia N°43/2006, de siete de septiembre del año dos mil seis, escrita a fojas 2089, y se declara que se rechaza el requerimiento formulado en su contra por la Fiscalía Nacional Económica, a fs. 1.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Rol N° 5057-2006.- Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Milton Juica, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Patricio Valdés y los Abogados Integrantes señores José Fernández y Juan Carlos Cárcamo. No firma no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el abogado integrante señor Cárcamo por estar ausente. Santiago, 22 de enero de 2007.

Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.